

**ORD. N°** 0129  
**ANT.:** Bases de la propuesta pública "Concesión Servicio de Recolección de Residuos Domiciliarios y Barrido de Calles en la Comuna de Alto Hospicio". Rol N° 2034-12-FNE.  
**MAT.:** Su Ord. N° 27/2012 de 13 de enero de 2012.  
Informa.

**Santiago, 03 de febrero de 2012**

**DE : SUBFISCAL NACIONAL**  
**A : SR. RAMÓN GALLEGUILLOS CASTILLO**  
**ALCALDE**  
**I. MUNICIPALIDAD DE ALTO HOSPICIO**  
**AV. LOS ALAMOS N°3101**  
**ALTO HOSPICIO**  
**REGIÓN DE TARAPACÁ**

Con fecha 17 de enero de 2012, se han recibido en esta Fiscalía las Bases Administrativas, Bases Técnicas y Anexos para la licitación pública "Concesión Servicio de Recolección de Residuos Domiciliarios y Barrido de Calles en la Comuna de Alto Hospicio", con el objeto de establecer si su contenido se ajusta a las Instrucciones de Carácter General N° 1/2006, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, para el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios, (en adelante las "Instrucciones Generales").

**I. DEFINICION DE SERVICIOS LICITADOS**

1. La licitación está caratulada "Concesión Servicio de Recolección de Residuos Domiciliarios y Barrido de Calles en la Comuna de Alto Hospicio".

2. A su vez, el artículo 1.1. de las Bases Técnicas, señala que el servicio a contratar contempla: recolección de residuos domiciliarios; recolección selectiva de residuos domiciliarios; recolección de residuos comerciales ferias y locales; recolección de escombros y residuos voluminosos; transporte de los residuos sólidos domiciliarios; barrido de avenidas, calles y pasajes en la comuna; provisión de todos los equipos y accesorios para la recolección; recolección eventual de microbasurales; y, contratación de todo el personal necesario para la presentación satisfactoria de los servicios.

3. Del los puntos antes citados, se deduce que la presente licitación posee un contenido más amplio que el que implica su denominación.

4. Por otra parte, los servicios materia de la presente licitación, en principio, deben ser objeto de licitaciones distintas; lo cual no obsta la posibilidad de adjudicar dos o más servicios a una misma empresa, si el resultado de la licitación así lo aconsejare.

5. Lo anterior, en atención a lo dispuesto en el Considerando Sexto de las "Instrucciones", que establecen: "Asimismo, para efectos de aumentar la competencia y participación en este mercado, resulta apropiado que en las bases de licitación se exija a los participantes que formulen ofertas por separado respecto de cada uno de los servicios que se licitan", el Considerando siguiente agrega: "Que, por otra parte, es conveniente que, siempre que sea posible y no existan fundamentos que lo desaconsejen, las municipalidades efectúen licitaciones separadas para los servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos; de aseo y limpieza de calles y de ferias libres; y el servicio de retiro y transporte de escombros y ramas, salvo que existan fundamentos en contrario;"

6. Considerando lo anterior, esta Fiscalía recomienda a su I. Municipalidad, que a menos que existan causas justificadas, establezca licitaciones separadas para los servicios materia de la presente licitación: recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios, con recolección selectiva; recolección y transporte de residuos provenientes de ferias y locales comerciales; recolección de escombros, residuos voluminosos y micro basurales; y, barrido de avenidas, calles y pasajes de la comuna.

7. Por otra parte, los servicios de recolección y transporte de residuos provenientes de ferias y locales comerciales; recolección de escombros, residuos voluminosos y micro basurales; y, barrido de avenidas, calles y pasajes de la comuna, carecen de regulación en las Bases Técnicas.

8. Además, el artículo 5.4. de las Bases Administrativas, sobre financiamiento y presupuesto, dispone: "La municipalidad se reserva el derecho de descontar o aumentar partidas, o servicios y a disminuir o aumentar unidades en los ítems respectivos de las respectivas ofertas, según lo estime conveniente a sus intereses".

9. Al respecto, se recomienda poner especial cuidado en la definición de los servicios materia de cada licitación, describiendo de forma precisa las actividades que comprende, modalidad de ejecución, áreas de servicio y fiscalización.

10. Lo anterior, en atención a lo dispuesto en el Resuelvo Segundo de "las Instrucciones", que establece que en "los procesos de licitación, deberán definirse en forma explícita los distintos servicios que se liciten."

## II. CRONOGRAMA

11. Aun cuando el calendario incorporado en el artículo 21.1. de las Bases Administrativas contempla algunos hitos del proceso licitatorio, el mismo no considera las

fechas de adjudicación, de suscripción del contrato, ni la de inicio de los servicios.

12. Más aún, El artículo 2.1 de las Bases Técnicas, señala: “El Adjudicatario deberá comenzar todos los servicios de recolección a contar de la total tramitación del acto administrativo que aprueba el respectivo contrato, momento en que deberá tener la capacidad de prestar el servicio completo de recolección en toda el área del contrato”. En relación con el artículo antes citado, el punto 12.1 de las Bases Administrativas, sobre suscripción del contrato, dispone: “El contrato deberá ser suscrito por el adjudicatario, dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha de la adjudicación en el portal de Mercado Público”.

13. De lo expuesto, se concluye que el plazo que media entre la adjudicación de la propuesta y la puesta en marcha del servicio es de 10 días.

14. La exigüidad del plazo referido podría significar que potenciales oferentes se inhiban de participar del proceso, en virtud de la imposibilidad de disponer de los camiones y equipos requeridos para iniciar el servicio, tendiendo a establecer ventajas competitivas artificiales respecto de aquellas empresas que eventualmente tengan stock de los mismos.

15. Por lo tanto, se recomienda a ese municipio establecer plazos prudentes entre la adjudicación del contrato y el inicio de los servicios, cautelando que éstos no se constituyan en barreras a la entrada para potenciales participantes, según lo prevé el Considerando 3° de las citadas Instrucciones.

16. Esto de acuerdo al Resuelvo N° 6 de las Instrucciones Generales, que establece: “Las Municipalidades no podrán imponer a los interesados en participar en una licitación exigencias que otorguen ventajas artificiales que reduzcan injustificadamente el número de potenciales participantes (...)”.

17. Confirma lo anterior la Sentencia N° 77, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la cual en su considerando quincuagésimo señala que las Bases de Licitación deben llegar a esta Fiscalía con la debida antelación, de manera tal que la revisión de las mismas “se realice teniendo en especial consideración la necesidad de resguardar plazos prudentes, que permitan realizar los correspondientes llamados a licitación y principiar los servicios contratados, dando tiempo suficiente a las empresas para preparar y presentar sus propuestas e iniciar adecuadamente las prestaciones a las que se obliguen, respectivamente”.

### III. DISCRECIONALIDAD

18. El artículo 8.3 de las Bases Administrativas, sobre apertura de la propuesta, señala: “La MAHO se reserva el derecho de rechazar todas o cada una de las ofertas, conjunta o individualmente, sin que ello otorgue derecho a los proponentes a

indemnización alguna por los gastos incurridos en la presentación de la propuesta”.

19. El artículo 11.1., de las Bases Administrativas, sobre la adjudicación, dispone: “La MAHO se reserva el derecho de adjudicar total o parcialmente la propuesta, de acuerdo a lo que más convenga a sus intereses, en consecuencia podrá disminuir algunas de las partidas indicadas en el presupuesto a fin de adecuarla a los fondos destinados para este servicio”.

20. En el mismo orden, el artículo 11.5 de las mismas Bases, señala: “Sin perjuicio de lo anterior, la Municipalidad de Alto Hospicio podrá declarar desierta la presente propuesta, por no convenir a los intereses Municipales”.

21. Las disposiciones antes citadas contienen un alto margen de discrecionalidad, pues confieren a la Municipalidad las facultades de declarar desierta la licitación sin expresión de causa alguna o adjudicarla desentendiéndose de los criterios de evaluación dictados por las bases, resolviendo de acuerdo a su propio criterio, sin tener que justificar su actuar conforme a parámetros objetivos y verificables, establecidos en las Bases.

22. Por otra parte, el artículo 12.18. de las Bases Administrativas, sobre causales de término anticipado del contrato, señala: “Del mismo modo, la MAHO, a solicitud de la Unidad Técnica de la presente propuesta podrá declarar resuelto administrativamente el Contrato de manera inmediata, unilateralmente y haciendo cobro de las garantías correspondientes, en los siguientes casos: “a) Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el Contrato al adjudicatario, g) Por exigirlo el interés público o la seguridad nacional, h) Incumplimiento a las Bases Administrativas que rigieron la Propuesta, finalmente la letra p), agrega por resolución fundada emanada del Sr. Alcalde, en virtud de los intereses Municipales y buen funcionamiento del Municipio”.

23. En relación con el artículo antes citado, el punto 12.18. de las mismas Bases, reitera: “Cualquier incumplimiento al contrato por causas imputables al oferente adjudicado, facultará al mandante para poner término anticipado a éste, por simple resolución administrativa, sin forma de juicio, no obstante cualquier otra medida que el caso requiera”.

24. La misma disposición se encuentra en el punto 13.12. de las Bases Administrativas.

25. Los citados artículos no describen en forma clara y precisa las circunstancias objetivas y verificables, que configurarán dichas causales y que podrían motivar la resolución del contrato por parte de la autoridad; cuestión que desincentiva la participación de potenciales oferentes al aumentar significativamente el riesgo del negocio para ellos, dada la facultad implícita de poner término al contrato por cualquier incumplimiento y de forma unilateral por parte de la Municipalidad.

26. Sobre el particular, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, señaló en su Resolución N° 13/2006: “Que la inclusión de cláusulas que otorguen discrecionalidad al accionar de la autoridad, tanto en el procedimiento de licitación como durante la explotación de la concesión misma, tiene efectos anticompetitivos, toda vez que al aumentar la incertidumbre del negocio se reducen los incentivos a participar en la licitación y, por lo tanto, disminuya la competencia ex ante”.

27. A mayor abundamiento, en relación a la discrecionalidad, la citada Sentencia N° 77/2008 del mismo H. Tribunal, confirmada por Sentencia de la Excma. Corte Suprema, en su parte considerativa señaló: “Sexagésimo primero. Que en opinión de este Tribunal, lo reprochable de la cláusula transcrita anteriormente no es la facultad de rechazar ofertas que no se ajusten a las Bases, cuestión que no merece reparo alguno y respecto de la cual es inoficioso detenerse, sino la facultad que otorga a la Municipalidad la frase final de esa cláusula, toda vez que le permite desentenderse de criterios objetivos de evaluación de propuestas y “aceptar cualquier oferta que estime conveniente a los intereses Municipales”; Sexagésimo segundo. Que, en efecto, a juicio de este Tribunal, una estipulación como esa eleva el riesgo de un comportamiento oportunista o arbitrario por parte del licitador, lo cual, por sí sólo, incrementa el riesgo de negocio y, por tanto, el costo esperado de participación por parte de eventuales interesados en competir en el proceso de licitación, generándose de esta forma desincentivos artificiales de participación que reducen la probabilidad de lograr una competencia ex ante vigorosa y eficiente en dicho proceso”.

#### IV. INMUTABILIDAD DE LAS BASES

28. El artículo 4.3 de las Bases Administrativas, sobre publicación, consultas y aclaraciones, señala: “La MAHO podrá modificar, suplementar o complementar los requerimientos técnicos y plazos de la licitación hasta antes de la Apertura, informando lo anterior a través de la publicación del respectivo Decreto modificatorio de Bases en el portal Mercado Público”.

29. Complementando lo anterior, el artículo 4.4. del mismo título, agrega: “Sin perjuicio de lo anterior, y previo a la Apertura de las Ofertas, la Municipalidad se reserva el derecho de emitir para todos los participantes, las Aclaraciones a las Bases y modificaciones en las fechas que estimare necesarias, o las que hubieren surgido con motivo de las consultas efectuadas por los interesados durante el proceso de Licitación”.

30. Sobre el particular, la posibilidad de efectuar modificaciones a las Bases, se contraponen con la inmutabilidad de las mismas cuyo contenido esencial es que una vez iniciado el proceso de licitación no puede alterarse por la vía de las aclaraciones, enmendaduras, adiciones o supresiones sin que se lesionen los principios de debida transparencia y garantía de libre acceso, reguardados por el Resuelvo N° 1 de las Instrucciones de Carácter General. En consecuencia, resulta necesario que los ajustes al

contrato respondan a la aplicación de parámetros objetivos y verificables previamente establecidos en las Bases, tales como incremento en el número de viviendas o en el número, extensión de calles sujetas a barrido y circunstancias calificadas como de emergencia o catástrofe por la autoridad competente.

## V. PAUTA DE EVALUACIÓN

31. El artículo 10.5. de las Bases Administrativas, señala en su tabla de criterios de evaluación y ponderaciones, que el ítem "Oferta Técnica" se apreciará conforme a los subcriterios "Evaluación de los Planes de Trabajo y Metodología propuestos" y "Maquinarias y Equipamiento ofertado para la prestación de los Servicios".

32. El artículo antes citado no explicita los parámetros objetivos conforme a los cuales se evaluará el subcriterio "Planes de Trabajo y Metodología propuestos", como por ejemplo, cantidad de trabajadores, tiempo de ejecución del trabajo por área, planes capacitación laboral.

33. Por otra parte, la misma disposición, señala que la evaluación del criterio "Experiencia" se hará tomando en consideración las "Experiencias previas en la provisión de los servicios objeto de la presente licitación".

34. Sobre el particular, cabe tener presente lo resuelto por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su Sentencia N° 77, en cuanto a que: "la exigencia de experiencia debe referirse en general a 'experiencia relevante' y no necesariamente en el rubro de recolección, transporte y disposición de residuos".

35. Adicionalmente, hacemos presente a usted que la aplicación práctica de esta exigencia debe realizarse de manera tal que dicho requisito no se constituya en una barrera a la entrada al mercado para nuevas empresas, por lo que bastaría tener por suficiente la experiencia acreditada por los socios o profesionales de las empresas participantes en la licitación, puesto que de esta manera se evita que empresas cuyo personal disponga de experiencia relevante, queden excluidas de disputar este mercado.

## VI. DURACIÓN DEL CONTRATO

36. El artículo 12.3. de las Bases Administrativas, sobre el contrato y su duración, señala: "El contrato en cuestión tendrá una duración de 5 (cinco) años, desde la fecha de total tramitación del acto administrativo que lo aprueba, y en las condiciones dispuestas en las presentes bases, pudiendo las partes poner término a éste por razones fundamentadas y por escrito con una anticipación mínima de 30 días a la fecha efectiva del término. Este contrato podrá ser prorrogado por 2 años, siempre y cuando sea

conveniente a los intereses municipales.

37. Este plazo no se condice con los plazos comunes en la industria que, según antecedentes recopilados por esta Fiscalía, no superan los cuatro a cinco años. El plazo que se ha establecido es excesivo por cuanto rigidiza innecesariamente la disputa por la provisión del servicio. Esta cláusula contraría el Resuelvo primero de las Instrucciones, que señala: "Las bases de licitaciones de servicios recolección, transporte y disposición de residuos sólidos domiciliarios deberán cautelar la debida transparencia y garantía de libre acceso, estableciendo condiciones generales, uniformes y objetivas".

38. Por otro lado, se recomienda a esa I. Municipalidad establecer la posibilidad de prórroga del contrato, sólo para casos excepcionales especiales de buen servicio, apreciables objetivamente, debidamente establecidos en las Bases de Licitación, y por un período no superior al requerido razonablemente para hacer frente a dichas circunstancias excepcionales.

#### VII. RENUNCIA ANTICIPADA DE ACCIONES

39. El anexo "Declaración Aceptación de Bases", señala que el participante declara: "6. Reconocer que la decisión de la Municipalidad, en la adjudicación de la presente propuesta es inapelable y definitiva".

40. En relación a la imposibilidad de los oferentes para reclamar, apelar y exigir indemnizaciones, cabe señalar que, la incorporación de cláusulas que establezcan la renuncia anticipada de acciones legales, jurisdiccionales y/o administrativas, en especial las que son irrenunciables, además de desincentivar la participación de oferentes en estos procesos, podría vulnerar normas de orden público, tal como lo señalan las Instrucciones Generales en su Considerando 4°. Adicionalmente, se contraviene el Resuelvo 8° de las Instrucciones Generales, que expresamente dispone: "No podrán incluirse en las bases de licitación cláusulas o disposiciones sobre renuncia anticipada de acciones ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (...)".

#### VIII. PUBLICIDAD

41. Las Bases de la licitación indican como único medio de difusión de la propuesta su publicación en el sitio [www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl).

42. En miras de garantizar la debida publicidad de las licitaciones, la transparencia y el libre acceso, es que las Instrucciones establecen en su Resuelvo N°3 que: "Las municipalidades deberán publicar el llamado que realicen con una anticipación mínima de 60 días corridos previos a la fecha prevista para la recepción de ofertas, en al

menos dos diarios de circulación nacional o alternativamente, en uno de circulación nacional y en otro de circulación en la región que corresponda. A la fecha de las publicaciones, las respectivas bases de licitación deberán estar disponibles para los interesados.”

Finalmente, hago presente a ese Municipio que, para futuras licitaciones, de acuerdo al considerando sexagésimo séptimo de la señalada Sentencia N° 77, el H. Tribunal de la Libre Competencia considera “conveniente que en la totalidad de las comunicaciones que envíen los municipios a la Fiscalía Nacional Económica, en el marco del examen de versiones preliminares de Bases de licitación y del intercambio de opiniones realizados en ese contexto, sea remitido al Sr. Fiscal el texto íntegro de las mismas hasta su versión final inclusive”.

En atención a lo expuesto, y conforme lo dispuesto en el artículo 39, letra d) del Decreto Ley N° 211, solicito al señor Alcalde que las Bases consultadas sean modificadas conforme a lo observado.

Saluda atentamente a usted,

Por orden del Fiscal Nacional Económico,

  
**JAIMÉ BARAHONA URZÚA**  
**SUBFISCAL NACIONAL**

REPUBLICA DE CHILE  
\* SUBFISCAL NACIONAL  
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA

Abogada FNE  
Ximena Castillo  
Fono: 7535602